

A HERMENÊUTICA E A APLICAÇÃO DO DIREITO

*Edmar Vianeí Marques Daudt*¹

Sumário: Introdução. Parte I - Breve introdução. Parte II – Sistemas ou métodos. Escolas Dogmáticas. Escolas Teleológicas. Escolas Sociológicas. Escolas Realistas. Críticas recentes. Parte III - Aplicação do Direito. Conclusão. Referências bibliográficas.

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Professor da Universidade de Passo Fundo e Mestrando em Direito do Estado, pela Universidade Federal do Paraná.

INTRODUÇÃO

Recente celeuma causada pela negativa de reintegração liminar de posse em área invadida por integrantes do Movimento Sem Terra, na comarca de Passo Fundo – RS é ilustrativo das concepções que se tem sobre o que seja a interpretação e a aplicação da lei.. Como a todos é dado o direito de interpretar a lei (aliás, o cidadão somente pode cumprir com seus deveres de forma adequada se for capaz de interpretar as normas...), por muitas vezes se ouviu dizer, com referência à negativa de liminar, que “ao juiz cabe aplicar a lei, e não interpreta-la!”. Mas será possível aplicar – de forma adequada - uma regra sem antes ter percorrido um processo interpretativo?

O estudo da teoria da interpretação é assunto versado na Teoria Geral do Direito.

Por meio da interpretação, o jurista avalia os diversos significados que determinado signo pode expressar, buscando fixar o mais apropriado para o caso concreto. A interpretação antecede a aplicação, posto que cada caso a ser solucionado apresenta-se com distintas peculiaridades, a serem sopesadas pelo aplicador da norma. Não há norma sem ser interpretada.

Hermenêutica, interpretação e aplicação não se confundem. *Hermenêutica* tem origem no verbo grego *hermeneuein* e no substantivo *hermeneia*, vinculados ao deus Hermes, tido como mensageiro dos deuses. Através da hermenêutica, realiza-se o processo exegético na busca do sentido e do alcance de uma determinada norma, tenta-se descobrir o sentido e o alcance da norma, pressupostos para a compreensão e conveniente aplicação do ordenamento jurídico.

Tomando por base a divisão apresentada por Luiz Fernando Coelho, em sua obra *Lógica jurídica e interpretação das leis*, através do presente trabalho pretende-se indicar as diversas escolas hermenêuticas, que, de acordo com a maior ou menor influência das normas jurídicas formais, são classificadas como dogmáticas, finalísticas, sociológicas e realistas. Num segundo momento, são feitas considerações quanto à aplicação da norma na busca da realização do direito, salientando, desde já, que o intérprete deve partir do disposto na Constituição Federal.

A pesquisa, de natureza essencialmente bibliográfica, está maciçamente fundada em diversas manifestações doutrinárias, publicadas em livros e em periódicos e divulgadas através da internet, e, ainda, na apreciação de decisões jurisprudenciais, publicadas nos repertórios de jurisprudência e/ou através de meios virtuais.

Dada sua grande relevância, o assunto objeto do presente trabalho continua sendo comumente abordado por autores de todos os ramos do Direito, o que bem denota sua atualidade. Porém, há muito ainda a ser escrito sobre hermenêutica e aplicação do Direito. Por certo, é cabível a mais ampla análise crítica imaginável, seja em vista da enormidade de aspectos passíveis de questionamento, seja pela infinitude de situações concretas a serem solucionadas. Assim, o tema está longe de ser exaurido e a cada nova situação vivida ressurgem as discussões quanto à forma mais apropriada para a aplicação do direito em busca da justiça.

PARTE I - BREVE HISTÓRICO

A partir da promulgação do Código Civil francês, em 1804, ganhou destaque o estudo da hermenêutica de forma amíúde. Não que antes o tema não houvesse sido objeto de questionamento, mas ocorre que a questão era apenas eventualmente abordada.

Ao imperador Justiniano não agradava qualquer espécie de crítica ao teor do *Corpus Juris Civilis*, tanto que, no terceiro prefácio ao *Digesto*, vinha disposto: “Assim, quem quer que seja que tenha a ousadia de aditar algum comentário a esta nossa coleção de leis ... seja cientificado de que não só pelas leis seja considerado réu futuro, como também de que o que tenha escrito se apreenda e de todos os modos se destrua.”²

De forma casual, como dito, já na Antiguidade escolas jurídicas abordaram questões hermenêuticas, conforme síntese apresentada por Herkenhoff³, que embasa as referências a seguir aduzidas, quanto aos povos árabes. Assim, a Escola Hanifita, criada por Abu Hanifa (699-767), na Pérsia, pregava a preponderância da eqüidade, possibilitando ao julgador o uso da razão ao aplicar a lei.

Em sentido oposto, buscando reduzir o uso da eqüidade e prestigiar, por ocasião do julgamento, o consenso da comunidade (Medina) a respeito de determinado tema, Malek ben Anas (713-795) criou a Escola Malequita, introduzindo, ainda, o conceito de utilidade pública, que permanece indeterminado até hoje. A propósito, cumpre trazer à memória as quatro fontes do direito muçulmano, conforme ensinamento de René David⁴: “Em primeiro lugar, o Corão, livro sagrado do islã, em segundo, a Suna, ou tradição relativa ao Enviado de Deus. Em terceiro lugar temos o Idjmâ’, ou acordo unânime da comunidade muçulmana; em quarto, o Qiyâs, ou raciocínio por analogia”.

Obteve grande destaque entre os povos árabes a Escola Chafeita, fundada por Abu Abdalah Mohamed ben Idris as Chafei (767-821), segundo a qual deveria ser aplicado, por ocasião do julgamento, o consentimento de toda a comunidade muçulmana, ampliando a idéia dos malequitas, restritos à opinião da Medina. Para esta escola, segundo Herkenhoff, “a indagação mais importante no Direito seria a da causa, ou raiz, da norma jurídica, recurso que permitia resolver questões imprevistas”⁵.

É de referir, ainda, a Escola Hambalita, criada por Ahmed ben Hanbal (780-855), que rejeitou o emprego da eqüidade, privilegiando a tradição e o texto da lei por ocasião dos julgamentos.

² LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Hermenêutica jurídica**. p. 22.

³ HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. p. 33.

⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 411.

⁵ HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. p. 33.

Além dessas escolas da Antiguidade, também merecem referência outras que – incidentalmente - abordavam questões hermenêuticas, merecendo destaque os Glosadores, os Pós-Glosadores e a Escola da Culta Jurisprudência.

Para Coelho⁶, a Escola dos Glosadores “é a autêntica precursora dos sistemas interpretativos posteriores às codificações”. Criada por Irnério (um dos fundadores da Universidade de Bolonha), na Itália, desenvolveu-se nos séculos XI, XII e XIII e limitava-se à análise gramatical do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, mediante notas (glosas) apostas nas margens e entre as linhas do texto, de onde se originou o nome. Francesco Accursio (autor de Magna Glosa) e Búlgaro pertenceram a esta escola, dentre outros⁷.

Aos Glosadores seguem-se os Comentadores ou Pós-Glosadores (séculos XIII a XV), que não se limitaram a fazer anotações, consignando suas opiniões, seus comentários aos textos legais, os quais passaram a ser usados nos tribunais. Esta escola, de orientação predominantemente prática, procurou estabelecer o direito comum, harmonizando o direito romano e o direito canônico com o direito local. O seu mais importante comentador foi Bartolo de Sassoferrato, precocemente falecido (1313-1357), que teve Pietro Baldo degli Ubaldi como seu seguidor⁸.

A Escola da Culta Jurisprudência, Escola Culta ou Escola dos Humanistas surgiu como reação à Escola dos Comentadores. Criada pelo italiano Andréa Alciato, desenvolveu-se nos séculos XVI, XVII e XVIII, tendo como principal representante Jacques Cujas (1522-1590). Esta escola criticou o *Corpus Juris Civilis* em vista da falta de sistematização, posto que trata da mesma matéria em várias partes do texto⁹.

Mas foi com a codificação napoleônica que surgiram os “sistemas hermenêuticos modernos”, no dizer de Coelho¹⁰, que apresenta as classificações mais propagadas, objeto de estudo no próximo capítulo.

PARTE II - SISTEMAS OU MÉTODOS

Os diversos sistemas ou métodos hermenêuticos podem ser classificados em dois, três, quatro ou mais grupos, de acordo com o aspecto levado em consideração por cada doutrinador. O surgimento dos diversos modelos é explicado por Ferraz Jr.¹¹ da seguinte forma:

“Em meados do século XIX, ocorre, assim, na França e na Alemanha, uma polêmica. De um lado,

⁶ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 188.

⁷ HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. p. 34.

⁸ HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. p. 35.

⁹ HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. p. 35.

¹⁰ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 188.

¹¹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 262.

aqueles que defendiam uma doutrina restritiva da interpretação, cuja base seria a vontade do legislador, a partir da qual, com o auxílio de análises lingüísticas e de métodos lógicos de inferência, seria possível construir o sentido da lei ('Jurisprudência dos Conceitos' na Alemanha, e 'Escola da Exegese', na França). De outro lado, foram aparecendo aqueles que sustentavam que o sentido da lei repousava em fatores objetivos, como os interesses em jogo na sociedade ('Jurisprudência dos Interesses', na Alemanha), até que, já no final do século XIX e início do século XX, uma forte oposição ao 'conceptualismo' desembocou na chamada escola da 'libre recherche scientifique' (livre pesquisa científica) e da 'Freirechtsbewegung' (movimento do direito livre) que exigiam que o intérprete buscasse o sentido da lei na vida, nas necessidades e nos interesses práticos".

Na opinião de Limongi França¹², existem três denominados sistemas interpretativos: a) dogmático, também denominado francês, exegético ou jurídico-tradicional, b) histórico-evolutivo e c) o da livre pesquisa ou da livre formação do direito.

Maximiliano¹³, após afirmar que "incumbe à Hermenêutica precisamente buscar os meios de aplicar à riqueza, à infinita variedade dos casos da vida real, à multiplicidade das relações humanas, a regra abstrata objetiva e rígida", critica os que se limitam à busca da vontade do legislador, asseverando que "a interpretação é antes sociológica do que individual", mas não apresenta uma clara separação dos métodos. Valemo-nos da observação de Kerkenhoff¹⁴, para quem "Maximiliano toma como referência a vontade do legislador" e apresenta três sistemas: tradicional ("aplicação do Direito hoje de acordo com a vontade do legislador de ontem"), evolutivo (sendo o Direito resultado da consciência da comunidade e não do arbítrio de um) e misto ("busca descobrir não só o que o legislador quis, mas também o que quereria, se vivesse no meio atual").

Para Warat¹⁵, a classificação dos métodos interpretativos deve ter em conta "a ideologia das distintas escolas que conformam o pensamento jurídico", confundindo-se o próprio nome dos métodos (método exegético, método da escola histórica, método dogmático, método comparativo de Ihering da segunda fase, método da escola francesa, método do positivismo sociológico e da escola de livre direito, método teleológico, método egológico e método tópico-retórico) com o nome das respectivas escolas.

Cumprе destacar a sistematização elaborada com base na teoria de Kelsen, tomando-se o ato interpretativo como uma atividade de intelecção (esco-

¹² LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Hermenêutica jurídica**. p. 33-39.

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, p. 26.

¹⁴ KERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. p. 36.

¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 65.

las intelectualistas) ou uma atividade volitiva (escolas voluntaristas), no dizer de Coelho¹⁶, que assim se manifesta:

“Para citar somente as escolas de características bem definidas, são intelectualistas a escola da exegese, a jurisprudência analítica, de Austin, a escola histórica, de Savigny e, bem assim, a jurisprudência conceitual dos pandectistas e germanistas. (...) As escolas voluntaristas mais importantes são a escola do direito livre, de Ehrlich e Kantorowicz, a escola do direito justo, de Fuchs e Stammer, a Teoria Pura do Direito, de Kelsen, a jurisprudência sociológica dos juristas norteamericanos, a escola do realismo jurídico, norteamericana e escandinava, o intuicionismo jurídico de Dualde, o raciovitalismo jurídico de Recaséns Siches, o culturalismo egológico, de Cossio e as demais escolas tridimensionalistas”.

Prossegue o autor, enquadrando como intermediárias as escolas da jurisprudência teleológica, de Ihering, da jurisprudência de interesses, de Heck, e da livre investigação científica, de Gény.

O grupo de escolas ditas intelectualistas limitar-se-ia a tornar claro o direito previsto na lei, ao passo que as escolas voluntaristas teriam por característica a criação de direito novo. A passagem do pensamento intelectualista para o voluntarista ocorreu com a Escola da Livre Pesquisa Científica (“embora não em sentido cronológico”¹⁷).

De forma relativamente correspondente aos métodos intelectualistas e voluntaristas, Coelho¹⁸ propõe, inicialmente, a classificação das escolas em dois grandes grupos, sob a denominação de dogmáticas e de zetéticas, tendo por base, respectivamente, a idéia de que “o direito encerra certos princípios de validade apriorística a serem preservados” e aplicados às diversas situações que se apresentam ao intérprete ou, por outro lado, a idéia de que através do direito é possível atingir-se determinados fins. Para o autor, “ou o intérprete procura então descobrir os princípios gerais e preservá-los a despeito das mudanças sociais, ou procura adaptá-los e, de certa forma, subordiná-los àqueles dados da experiência histórica”.

É Ferraz Jr.¹⁹ quem, valendo-se da terminologia de Viehweg, explica: “Zetética vem de *zetein*, que significa perquirir, dogmática vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar”, sendo aquela “mais aberta” e esta “mais fechada”, posto que não questiona suas premissas, mas, sim, “impõe uma certeza sobre algo que continua duvidoso”. A investigação zetética, por sua vez, parte de uma evidência e suas premissas podem ser substituídas por outras.

¹⁶ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 191.

¹⁷ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 242.

¹⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 192.

¹⁹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. p. 41 e ss.

Mas Coelho²⁰ vai além e, para fins didáticos, termina por classificar as escolas hermenêuticas em dogmáticas, finalísticas, sociológicas e realistas, tendo como parâmetro “a maior ou menor importância atribuída às normas jurídicas formais na revelação da normatividade do direito”.

A análise sucinta das principais escolas será orientada pela classificação descrita, percebendo-se que, em contrapartida às escolas monistas, que têm o direito estatal com a “maior expressão da normatividade jurídica”, surgiu o *pluralismo jurídico*, que pressupõe a “coexistência de várias ordenações”²¹.

ESCOLAS DOGMÁTICAS

Para os dogmáticos o direito se resume ao teor da lei, não cabendo ao julgador questionar as condições do caso concreto por ocasião da aplicação da lei. Pode-se afirmar que o método dogmático inibe a atividade interpretativa a ser desempenhada pelo juiz ou até mais do que isso. Brum²² afirma que alguns juízes “preferem distorcer os fatos para que se adaptem às citações dogmáticas prestigiosas a produzirem suas próprias interpretações”.

Dentre as escolas dogmáticas mais famosas destacam-se a Escola da Exegese, a Escola da Jurisprudência Analítica e a Escola da Jurisprudência Conceitual.

Em razão de circunstâncias históricas, sendo de interesse da classe dominante assegurar a estrita observância do disposto na lei, posto que esta a beneficiava, propagou-se a noção de que a lei era completa, não havendo espaço para qualquer manifestação do intérprete. Em vista da certeza de que a lei conteria todo o direito, nada restaria, pois, a ser questionado além do texto legal.

Para os dogmáticos, o direito encontra-se na lei, devendo o intérprete enquadrar o fato no que nela está disposto; a lei é vista como perfeita, portanto, contendo solução para todos os casos da vida real.

É Néri da Silveira²³ quem adverte que na “reflexão em torno da angustiante problemática social, onde há, também expressões de desvalor, de injustiça, não poderão os combatentes do Direito adotar, à evidência, atitude de indiferença, abstendo-se, deliberadamente, de discutir o valor do conteúdo da ordem positiva, na parte que guarda pertinência com esse tema, ao fundamento de que seu dever se restringe, tão-só, à verificação da justiça conforme a lei”.

Para os adeptos da Escola da Exegese, nascida na França, apenas o texto legal é que deveria ser tomado em conta, não se questionando se efetivamente estava em consonância com o justo, uma vez que era dada primazia à letra da lei. Não cabia mais ao magistrado elaborar o direito, mediante a apreciação de cada caso concreto, pois apenas lhe era permitido solucionar a demanda valendo-se do texto legal. Para tanto, o julgador deveria enquadrar os fatos, e a decisão

²⁰ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 196/97.

²¹ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 257.

²² BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. p. 30.

²³ SILVEIRA, José Néri. A função do juiz.. *Revista da Ajuris*, n. 54, p. 41. 1992.

judicial “não seria mais do que um silogismo, onde a premissa maior, é a lei, e a menor o enunciado do caso concreto”²⁴.

O surgimento da escola exegetica veio associado à elaboração do Código Civil francês, em 1804²⁵. Há que se referir a divisão do direito francês em três fases, sendo que a primeira, denominada *direito antigo* encerra-se com a Revolução Francesa, quando iniciou a chamada fase do *direito intermediário*, até o surgimento do referido código, marco da terceira fase, a do *direito napoleônico*.

No *direito antigo* era expressiva a influência do direito canônico, posto que regulava questões pertinentes ao matrimônio, filiação, testamento, além de ter servido de base para as Ordenações Régias. De outro lado, mesmo após a invasão dos germanos, o direito romano continuou vigorando na parte sul, enquanto vigiam os costumes germânicos ao norte²⁶.

Por tudo isso, era empolgante a nova legislação, codificada, posto que, anteriormente, “no *Ancien Régime*, o Direito era ‘fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial... Era um sistema jurídico complexo, dominado pelos esquemas gerais das Ordenações Régias, completadas pelos usos e costumes, pelos preceitos do Direito Romano e do Canônico, pela opinião comum dos doutores e os recursos ao Direito Natural’”²⁷.

Não bastasse a facilidade introduzida pelo novo código, em vista da unificação das leis civis, sucede, ainda, que havia interesse por parte da classe social dominante em garantir os direitos adquiridos com a Revolução Francesa, consubstanciados no novo Código Civil, razão pela qual era importante justificar a estrita aplicação da lei, sem permitir ao juiz qualquer possibilidade de aplicação que não se conformasse exatamente com o texto legal.

É Bugnet quem expressa de forma primorosa o pensamento da época, ao proclamar, em sua cátedra na Universidade de Paris: “Eu não conheço o Direito Civil, eu não ensino senão o Código de Napoleão”²⁸. Azevedo²⁹ resume o momento histórico que desencadeou o nascimento da exegese nos seguintes termos:

“A burguesia, cristalizando sua visão do mundo, no Código de Napoleão, perde o ímpeto revolucionário. Inverte-se sua posição no processo social, passando a querer preservar suas conquistas sedimentadas na lei positiva. Daí a necessidade de atentar, antes de tudo, à *intenção do legislador*, afirmando-se ser o Estado

²⁴ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 229.

²⁵ E, ainda, pelos demais códigos franceses: em 1807, Código de Processo Civil, em 1808, Código de Comércio e Código de Instrução Criminal, e, em 1810, o Código Penal.

²⁶ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. p. 103.

²⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. p. 78.

²⁸ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 226.

²⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. p. 22.

a fonte única e o fundamento único do direito, sendo o método exclusivo o dedutivo, dogmático.”

No dizer de Azevedo³⁰, “o positivismo torna-se, por essa forma, um obstáculo, que tolhe e complica a evolução e superação do direito e, em consequência, a evolução e superação dos dados histórico-sociais”, visando, com tal cerceamento ao poder criativo do juiz, manter o sistema vigente em benefício das classes dominantes.

Ainda que ao longo do tempo tenha sido abrandado o excessivo apego ao texto da lei, passando a ser acolhida a interpretação histórica, buscando-se a intenção do legislador ao elaborar o texto e a interpretação sistemática, considerando-se o contexto em que vinha inserida a regra³¹, por certo, o Código de Napoleão influenciou o direito de todos os povos de origem romana.

O entendimento preconizado pelos exegeticos está superado, pois é fácil constatar a impossibilidade de um texto legal apresentar solução para todos os casos levados ao Poder Judiciário em uma época em que “barrigas” são alugadas, a bioética é questão presente e o direito de construir sobre aranha-céu já edificado é também objeto de transação.

A Escola da Jurisprudência Analítica surgiu no mundo da *common law*, vindo a influenciar, posteriormente, o realismo jurídico norte-americano e escandinavo. Para esta escola, o direito tem por objeto o estudo das leis e de sua interpretação, desconsiderando a ética³².

Por sua vez, a Escola da Jurisprudência Conceitual desenvolveu-se na Alemanha, pelos pandectistas, e “considera os textos legais como sustentáculo de significações objetivas oriundas do legislador e capazes de ministrar novas soluções segundo as circunstâncias”³³, já admitindo certa liberdade ao julgador.

Insatisfeitos com a tomada de decisão preconizada pelo formalismo-silogístico, baseada na simples interpretação do texto, de forma literal, e por não atender à maioria das situações fáticas apresentadas na vida real, no início do século XX surgiram as escolas da jurisprudência de interesses e da jurisprudência sociológica³⁴.

ESCOLAS TELEOLÓGICAS

Em oposição aos excessos cometidos pelos adeptos da Escola da Exegese e da Escola da Jurisprudência Conceitual, em que predominava “a idéia da causalidade e do rigor lógico-formal”, surgiram as escolas teleológicas, destacando-se as teorias defendidas por Ihering e Heck.

Para a Jurisprudência Teleológica, de Rudolf von Ihering, “tudo no direito existe para um fim, objetivando garantir as condições de existência da sociedade”, cabendo salientar que “a vontade pressupõe um fim” e, assim, “a finali-

³⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. p. 24.

³¹ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 229.

³² COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 236 e 237.

³³ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 235.

³⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. p. 49.

dade é a chave da formação do direito”. A norma existe para atender a um fim predeterminado, em benefício da sociedade, utilizando-se para tanto de sua força coativa. Quanto a esse aspecto, cumpre registrar a maior contribuição de Ihering para a evolução do direito, ou seja, a idéia de que a norma deve satisfazer o fim social, o que justifica o enquadramento desta teoria sob o aspecto teleológico, além de ter servido de ponto de partida para a Escola da Jurisprudência de Interesses³⁵. Para Ihering, o direito tem por finalidade proteger interesses, em especial evitando o sofrimento, devendo a norma ser interpretada em consonância com as circunstâncias de cada caso, razão pela qual “o conteúdo do direito é infinitamente variado porque infinitamente variada é a condição da vida humana”³⁶.

Alicerçado em Ihering e no seu pensamento de que o direito existe para proteger interesses, surgem os estudos de Philipp Heck, que - juntamente com Rümeline - se preocupa com o processo de tomada de decisão por parte do juiz, dando origem à Jurisprudência de Interesses, segundo a qual o julgador “deve submeter-se à lei, e não aos seus ideais de justiça, mas, diante de um fato concreto que a lei regula mal, a sua função é construtiva, isto é, a de construir regras, se estas não existem”, levando em conta que deve “prevalecer o ajuste que o legislador faria se tivesse que legislar sobre aquele caso”, buscando sempre proteger os “interesses atuais” em busca da “maior valoração da vida”³⁷. A decisão vem baseada em fins sociais, posto que “os mandamentos jurídicos surgem do conflito de interesses observado socialmente e não de conceitos abstratos previamente determinados”³⁸.

ESCOLAS SOCIOLÓGICAS

De acordo com a classificação antes referida, proposta por Coelho, para fins didáticos, enquadram-se como sociológicas a Escola da Livre Pesquisa Científica, a Escola do Direito Livre e a Escola da Jurisprudência Sociológica.

Com base nas obras de François Géný, nasceu o que se denominou a teoria da livre investigação científica ou da livre pesquisa científica, que serviria de orientação ao julgador por ocasião da tomada de decisão, quando a solução não se encontrar posta na lei. Para Géný, supletivamente, então, o julgador deve se orientar pelo costume, seguido pela autoridade e tradição e, em terceiro lugar, pelos critérios estabelecidos pela livre investigação científica, quais sejam: autonomia da vontade, ordem e interesse públicos e, finalmente, o justo equilíbrio dos interesses privados em conflito. Destarte, além do direito estatal, para o autor há que se considerar também a existência de “um direito vivo na sociedade”, justificando a criação do direito pelo julgador³⁹.

A Escola do Direito Livre surgiu na Alemanha, como decorrência dos estudos de Géný, destacando-se os nomes de Ehrlich e Zitelmann. Também é

³⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 62.

³⁶ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 242-45.

³⁷ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 246.

³⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. p. 51.

³⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 248-55.

adepto desta escola o “bom juiz”, Magnaud⁴⁰. Para eles, a norma deve ser rejeitada quando de sua aplicação resultar injustiça. A decisão adequada é aquela que efetivamente leva em consideração a realidade do grupo social. Em nossa vida, constantemente, estamos sujeitos ao direito das diversas organizações a que pertencemos e que independe do direito estatal. Este direito das sociedades surge de forma natural, com alta capacidade de adaptação às exigências do grupo, tornando-o efetivamente eficaz⁴¹. Para Ehrlich, o direito ditado pelo Estado, por não possuir tais qualidades, não se harmoniza com o grupo social a que se aplica. A contribuição desta escola foi ter criticado, de forma abalizada, a idéia da aplicação da lei sem o devido questionamento.

Kantorowicz, outro adepto do movimento do direito livre, entende que o direito estatal somente tem legitimidade quando corresponde à vontade da coletividade e que o direito livre é o verdadeiro direito, posto que emanado da sociedade⁴².

Conforme Ráo⁴³, “a aplicação dessa doutrina causaria, praticamente, os mesmos males da aplicação do princípio da retroatividade das leis, importando, como importa, a formulação da regra de direito após a prática do ato”, pois entende que a possibilidade de o julgador se afastar da lei, fazendo valer sua vontade, implica a falta de segurança jurídica.

Para a Escola da Jurisprudência Sociológica, somente mediante a análise da realidade social vigente podem ser corretamente interpretadas as normas, razão pela qual a decisão mais conveniente é exatamente aquela que considera os aspectos inerentes à realidade que gerou o litígio e leve em conta as prováveis conseqüências advindas da decisão. “O processo interpretativo deve ser flexível o suficiente para se adequar às mudanças sociais... devendo o magistrado buscar na realidade em que determinado conflito ocorreu os subsídios necessários para suprir as deficiências apresentadas pela norma, no momento de sua aplicação”⁴⁴. Nascida nos Estados Unidos, no período compreendido entre as duas guerras mundiais e, filosoficamente, entre a corrente tradicional que entendia que os juízes se limitavam a revelar o direito e a corrente oposta do *Legal Realism*, para a qual direito era somente o declarado pelos juízes, teve como principais nomes Oliver W. Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo e Luis Brandeis.

ESCOLAS REALISTAS

De forma ampla, a expressão zetética realista diz respeito “à pesquisa voltada para o conteúdo das leis, mas enfatizando o aspecto realidade; ou seja, o ponto de partida é o direito tal como se apresenta no universo fenomênico ... le-

⁴⁰ A respeito de Magnaud, juiz de primeira instância de Château-Thierry, no período de 1889 a 1904, Carlos Maximiliano registra que o mesmo “mostrava-se clemente e atencioso para com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos”, aplicando a lei conforme a pessoa envolvida na demanda. E conclui dizendo que “quando o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria, ninguém sabe como cumprir a lei a coberto de condenações forenses”. (**Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 83).

⁴¹ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 257.

⁴² COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. p. 258-59.

⁴³ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. p. 520.

⁴⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. p. 52.

vando em conta apenas a realidade jurídica, isto é, o direito efetivamente existente ou os fatos sociais e históricos que a ele deram origem”. Os movimentos realistas, segundo Coelho, podem ser classificados considerando os aspectos psicológico (realismo jurídico norte-americano), lingüístico (realismo escandinavo, tópica e pragmática do direito) e culturalista (raciovitalismo, egologismo e teoria tridimensional do direito)⁴⁵. Ainda que tenham se espalhado entre os espanhóis, italianos, ingleses e latino-americanos, com certeza os principais movimentos realistas são o americano e o escandinavo.

O realismo jurídico norte-americano é a mais importante manifestação do realismo. Teve como criador John Chipmann Gray, para quem o direito só é tido como tal a partir do momento em que as leis são introduzidas nas decisões judiciais, ou seja, direito é apenas o proferido pelo órgão judicial ao decidir determinado caso⁴⁶ e não o ordenamento legislativo propriamente dito.

Por sua vez, na concepção dos juristas da Escola de Upsala, partidários do realismo jurídico escandinavo, o direito “é tão-somente um meio de comunicação entre os seres humanos, sendo que o sentido jurídico-normativo das expressões lingüísticas que o identificam deve ser procurado ... ao nível da sintaxe, da semântica e, principalmente, da pragmática lingüísticas”⁴⁷.

Dentre as correntes realistas que atribuem destaque à linguagem como fator de determinação de conteúdos normativos, é de mencionar, também, a do pensamento típico de Viehweg, a nova retórica de Perelman, a pragmática de Tércio Sampaio Ferraz Jr. e a semiologia de Luis Warat.

CRÍTICAS RECENTES

Dentre as idéias divulgadas nos últimos tempos, com referência à hermenêutica, cumpre destacar a contribuição de um paranaense e de um gaúcho. Trata-se da Teoria Crítica do Direito, concebida por Luiz Fernando Coelho, e da Nova Crítica do Direito, desenvolvida por Lenio Luiz Streck.

O estudo do Direito envolve o estudo das relações sociais, porque são relações de poder. O poder dissimula a dominação. Dominação implica em opressão. Somente quando é grande o grau de opressão a reação pode levar à libertação. De qualquer forma, existem as formas mais sutis de dominação, sendo possível que organizações sociais de dominados possam estar a serviço dos dominantes⁴⁸. Nesse sistema o Direito serve como instrumento de dominação. A transformação da sociedade se dá pela emancipação da massa de dominados. O modelo tradicional despreza as particularidades, uma vez que as normas gerais abrangeriam todos os casos concretos. Ademais, ao admitir como verdadeiro somente o conhecimento apoiado em dados racionais, passa a recusar a realidade social, em permanente mutação. Tudo isso leva à perda do prestígio do jurista.

Para Coelho, o direito não é o passado que condiciona o presente, mas o presente que constrói o futuro, com base no estudo das relações sociais

⁴⁵ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 273.

⁴⁶ VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da hermenêutica constitucional*. p. 141.

⁴⁷ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 286-87.

⁴⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p. 132-34.

normadas, e na busca da efetiva realização da justiça. O autor tem uma visão prospectiva, compromissada com a realidade onde o direito ocorre. “A teoria crítica procura constituir-se em um instrumento de transformação dos postulados da dogmática e não de sua legitimação”⁴⁹.

Lenio, por sua vez, preocupado com a atual “baixa constitucionalidade” entende que a Constituição é mais do que um mero instrumento, devendo ser vista como algo efetivamente “constituente”, que “constitui a ação”. A Constituição, em suma, estaria sendo pouco utilizada!

Com base em Heidegger e Gadamer, Lenio afirma que sua teoria tem por tarefa “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos”⁵⁰, pois os juristas estão sempre vendo o direito a partir de uma prévia suposição. Para o autor “as condições do agir político estatal” devem ser buscadas diretamente na Lei Fundamental, que é o ápice de todo o ordenamento jurídico. É preciso, ao aplicar a Constituição, estar despido das concepções baseadas no anterior texto constitucional, sob pena de virem a ser os novos fatos enquadrados nas soluções determinadas pelo texto revogado. É incoerente dizer que um texto é legal, embora contrário à Constituição. Em sentido oposto, e também de forma equivocada, não raras vezes uma regra deixa de ser aplicada sob o argumento que é ilegal, desconsiderando-se, porém, que está em conformidade com a Constituição. Isso ocorre quando os preceitos já superados pela nova ordem jurídica permanecem influenciando os intérpretes.

PARTE III - APLICAÇÃO DO DIREITO

Para a aplicação do direito é necessário, previamente, interpretar o texto legal. Através da interpretação é que se indica com exatidão o conteúdo da norma a ser aplicada ao caso concreto. Portanto, se, para aplicar, é necessário interpretar, com certeza, aplicação é distinta de interpretação.

Inicialmente, cumpre referir que muitos obstáculos na aplicação do direito surgem em vista da dificuldade - cada vez maior - de domínio do próprio vernáculo nacional. Essa deficiência no conhecimento, associada à nem sempre adequada utilização do termo no texto legislativo e, ainda, à diversidade de significados atribuível a cada signo, por certo prejudica a correta aplicação do direito.

Assim, mesmo quando há o domínio da linguagem, pode ocorrer dificuldade, em vista dos múltiplos significados que determinada palavra pode assumir. Nesta situação, há que se considerar o todo para compreensão do particular – e vice-versa, pois não se pode interpretar o direito por pedaços. “Seja uma palavra cujo valor lingüístico geral é conhecido: a parte desse valor lingüístico que se aplica na passagem dada e aquelas que devem ser excluídas, apenas será determi-

⁴⁹ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. p. 307, 316-17.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (*ereignen*) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – mestrado e doutorado – 2000*. p. 135-139.

nada através das outras partes da mesma frase e, primeiramente, àquelas com as quais ela tem uma relação orgânica mais próxima, o que significa, portanto, que ela é compreendida como parte do todo, como elemento do conjunto”⁵¹.

Vem a calhar transcrição feita por Azevedo⁵², extraída da obra de Kelsen, nos seguintes termos: “Há que se ter em conta ‘a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras, em que a norma se exprime’, podendo, também ocorrer discrepância ‘entre a expressão verbal de uma norma e a vontade da autoridade legisladora’. Desses fatores decorrem várias possibilidades à aplicação do Direito, podendo a interpretação conduzir a várias soluções possíveis. (...) Não há nenhum método de interpretação que conduza a um único resultado ‘correto’. Assim, ‘a necessidade de uma interpretação resulta justamente do facto de a norma a aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto...”.

Vencida a questão vernacular, é essencial registrar que o intérprete nunca pode olvidar o disposto na Constituição Federal. Aqui surge outra dificuldade, na opinião de Lenio⁵³, decorrente de nossos preconceitos, razão pela qual o autor questiona: “como é possível olhar o novo (texto constitucional de 1988), se nossos pré-juízos (pré-compreensão) estão dominados por uma compreensão inautêntica do Direito, onde, no âmbito do direito constitucional, pouca importância tem sido dada ao estudo da jurisdição constitucional?”.

Até pouco tempo, praticamente não se percebia relação entre a norma e a realidade, ou seja, o ordenamento jurídico não estaria sujeito a qualquer influência do mundo dos fatos, e vice-versa, sendo possível analisar qualquer um dos aspectos, *ordenação* e *realidade*, de forma isolada. O processo exegético deve sempre ter em conta o disposto na Lei Fundamental, em vista do princípio da supremacia da Constituição (posto que é nela que toda ordem jurídica encontra seu fundamento) sem desconsiderar a realidade, razão pela qual, para Hesse⁵⁴, a efetiva força da Constituição está associada a sua vigência, somente possuindo eficácia a regra que esteja em consonância com os diversos valores que regem a sociedade. E, ainda que a Constituição, por si só, não possa “realizar nada, ela pode impor tarefas”.

A partir de 1990 tornou-se freqüente a inserção de dispositivos constitucionais nas peças jurídicas, o que não ocorria sob a vigência da Constituição Federal anterior. Ocorre que a norma constitucional antiga não estava legitimada perante a sociedade. Cada vez mais o novo texto supremo vem sendo interpretado, e aplicado, de forma a propiciar alterações no meio social, na busca de um *dever-ser* que satisfaça as infindáveis necessidades básicas da população. Em contrapartida, também as alterações sociais provocam a evolução da legislação. Esse pro-

⁵¹ SCHLEIRMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica** – arte e técnica da interpretação. p. 47.

⁵² AZEVEDO, Paulo Faraco de. Do método jurídico: reflexões sobre o normativismo kelseniano e a criação judicial do direito. **Revista Ajuris**, n. 71, p. 295. 1997.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (*ereignen*) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – mestrado e doutorado – 2000**, p. 105.

⁵⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. p. 18.

cesso de crescimento depende da efetiva aplicação da norma constitucional, e da mudança da mentalidade do jurista (que, por muitas vezes, deixa de aplicar a Constituição por *contrariar* o disposto na legislação infraconstitucional...).

Cabe aos juristas, tendo por base a Lei Fundamental, ir além, consolidando as melhorias já alcançadas pelos diversos segmentos da sociedade. Destaca-se, neste aspecto, a nova crítica do direito, formulada por Lenio⁵⁵, que censura a inefetividade da Constituição. Para o autor, reitera-se, a Lei Fundamental deve ser tida como aquilo que “constitui a ação”, somente sendo possível a devida compreensão quando o intérprete for tomado pela “angústia do estranhamento” para que a Constituição deixe de ser ferramenta e passe a ser “constituente”. Nesse sentido, a Constituição deve ser considerada como patamar e não como teto, possibilitando ao aplicador criar o direito em consonância com a Magna Carta.

A efetividade deve orientar o aplicador da norma constitucional, de sorte que, havendo mais de uma opção, “é de se preferir sempre a exegese conducente à concretização endereçada à plenitude, vendo-se a imperatividade como regra”⁵⁶.

Para Larenz⁵⁷, interpretar é “uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se torna problemático”. Por certo, essa dificuldade pode decorrer da dificuldade de entendimento em vista do desconhecimento por parte do intérprete, como também pelos diversos significados que os vocábulos possuem e com os quais podem ser utilizados ou, ainda, pelo próprio desconhecimento do vernáculo e das regras gramaticais, antes referido. Isso evidencia a fragilidade das escolas dogmáticas, pois não há como aplicar corretamente uma regra quando nem ao menos há convicção quanto ao seu conteúdo morfológico.

A dificuldade de compreensão não ocorre, entretanto, apenas com os textos escritos. Tanto é que Schleiermacher⁵⁸ confessa: “Me surpreendo seguidamente no curso de uma conversação [familiar] realizando operações hermenêuticas, quando eu não me satisfaço com o nível ordinário da compreensão” para, então, concluir, quanto à hermenêutica, “que a solução do problema, para o qual nós estamos procurando justamente a teoria, não depende absolutamente de que o discurso esteja fixado para os olhos através da escrita, mas ocorre sempre onde nós temos que apreender pensamentos ou encadeamentos de pensamentos através de palavras.”

Por certo, é necessário refletir sobre a efetiva participação, no processo interpretativo da norma, mesmo que de forma indireta, de todos os membros de uma sociedade. A existência de órgãos que se dediquem exclusivamente a esta

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (*ereignen*) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – mestrado e doutorado – 2000**. p. 109, 113 e 135.

⁵⁶ FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. **Revista Ajuris**, n.º 76, p. 402. 1999.

⁵⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 439.

⁵⁸ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica – arte e técnica da interpretação**. p. 33.

tarefa não exclui, portanto, em uma sociedade democrática, a manifestação daqueles submetidos à regulamentação. Amplia-se o número de intérpretes, legitimados para tanto, posto que a realidade, o “mundo da vida”, também influencia a aplicação da norma (que depende, por sua vez, de uma interpretação adequada e em consonância com a realidade).

Häberle⁵⁹ se debruça sobre esta intrincada questão, defendendo a ampliação do rol dos intérpretes da Constituição, razão pela qual afirma que “o cidadão é o intérprete da constituição”. Para o autor, deve-se passar de um modelo de interpretação do tipo “sociedade fechada” para o de “sociedade aberta”, mediante a participação de todas as parcelas da coletividade.

Até pouco tempo, praticamente, a interpretação constitucional era elaborada apenas por intérpretes jurídicos e pelos participantes formais do processo constitucional. A proposta de Häberle envolve todas as forças da sociedade no processo e considera a interpretação pluralista não apenas mais um elemento da sociedade aberta – e dela decorrente – como também um dos elementos que constituem tal sociedade. Demonstrado o benefício da participação de um maior número de intérpretes, há que se dizer que a legitimação está embasada no fato destes intérpretes representarem parte da esfera pública e da própria realidade da Constituição.

Com base em Gadamer, Silva⁶⁰ assevera que o processo de interpretação tem por objetivo maior “a realização do direito através de sua aplicação a supostos concretos do mundo da vida”, ou seja, através da exegese se busca “concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação”. Para aquele autor, a compreensão exige que nos despojemos das idéias pré-concebidas que nos dominam, sob pena de comprometimento do processo interpretativo.

A interpretação não é exercitada apenas pelos juristas, da mesma forma que a aplicação do direito não é tarefa exclusiva dos juízes. Não há como aplicar a lei sem antes interpretá-la, considerando que o sistema normativo se modifica em consonância com a evolução da sociedade. “A interpretação dos textos legais e dos fatos faz-se em conformidade com a concepção que se tenha do direito, expressa, implícita ou propositadamente oculta. É preciso deixar claro que o processo hermenêutico sofre decisiva influência de uma idéia prévia que o intérprete tenha do direito, da vida e dos interesses em questão”⁶¹.

Vem a calhar entrevista concedida pelo Sr. Presidente da República⁶², no tocante à decisão referida na introdução deste trabalho, quando afirmou: “Não posso achar bom que alguém interprete subjetivamente o que é o social”. *Data venia*, não há como não interpretar – qualquer norma, ou texto, ou conversação – sem deixar-se influenciar pelos mais (inconstantes) aspectos subjetivos, inerentes

⁵⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. p. 24 a 37.

⁶⁰ SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**. p. 39.

⁶¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. p. 30.

⁶² CARDOSO, Fernando Henrique. Quem pensa em se sobrepor à lei vira ditador. **Zero hora**, Porto Alegre, 10 dez. 2001. p. 6. Entrevista.

à natureza de cada intérprete. Também não há como, isentos de conotação subjetiva, elaborar qualquer crítica à expressão *social* utilizada pelo constituinte. A propósito do depoimento presidencial, cumpre lembrar o ensinamento de Coelho⁶³, ressaltando que o método tradicional serve para garantir a manutenção do *status quo* vigente, em benefício das classes dominantes, e desconsiderando a realidade social.

Não se quer, aqui, defender o livre arbítrio do julgador, mas, sim, deixar claro que a apreciação subjetiva sempre estará presente no processo exegético, fazendo parte de qualquer sentença, tanto que se diz que a norma é o resultado da aplicação da regra ao caso concreto e que não há norma sem interpretação. Oportuno transcrever ensinamento de Scaff⁶⁴, para quem “as normas jurídicas, uma vez criadas, se despregam de seus criadores, passando a ter vida própria, com funções e interpretações diversas daquelas originalmente idealizadas. Da vinculação inicialmente existente com o criador, passam a ter uma relação fundamental com o intérprete”. É o que Scaff denomina de “ditadura dos intérpretes”, em substituição à “ditadura do criador”.

Na atividade cotidiana de aconselhamento, ou consultoria, também o advogado trata da aplicação do direito tanto quanto as autoridades administrativas que cotidianamente aplicam o direito. Não obstante, é a aplicação do direito pelo juiz que mais atrai a atenção dos estudiosos do direito, em vista dos efeitos decorrentes da decisão judicial transitada em julgado. Dentre as diversas soluções para um determinado problema, cabe ao juiz verificar qual é a mais apropriada para o caso concreto.

Nos termos do § 1º do artigo 162 do Código de Processo Civil, “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Não obstante possa ser utilizada a força pública para o cumprimento do *decisum*, o esperado é que as partes se submetam à decisão não por ser esta dotada de coercibilidade, mas, sim, por estarem convencidas de que, dentre as diversas alternativas, o juiz optou pela mais conveniente para o caso em julgamento. Isso porque, no direito, não existe o verdadeiro ou o falso, mas, sim, o “aceitável”, considerando que “o sentido do justo comporta mais de uma solução”⁶⁵.

No dizer de Azevedo⁶⁶, estamos acostumados “a pensar o direito como o conjunto de normas prepostas a diferentes situações consideradas relevantes pela ordem jurídica”, desconsiderando as evoluções da vida em sociedade. O pensamento dogmático, entretanto, não pode preponderar em todos os casos submetidos à apreciação do Judiciário. Ademais, como observa Lênio⁶⁷, é necessário rever os paradigmas, uma vez que “olhamos o novo com os olhos do velho”, ou seja, busca-se interpretar a nova ordem constitucional de tal forma que não em

⁶³ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. p. 132-34, 164.

⁶⁴ SCAFF, Fernando Facury. Sigilo fiscal e reserva de jurisdição. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n 71, p. 60. 2001.

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. p. 34 e 24.

⁶⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. p. 11.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. p. 272 e 100.

inove nada, de forma a deixar o texto recente o mais parecido possível com o anterior.

Assim, se nem sempre a regra prevê a solução justa para determinado caso particular, exige-se do juiz, ao apreciar a questão em julgamento, a busca de outras fontes, de forma supletiva ao direito estatal. Para essa necessidade os dogmáticos não encontraram solução... Conforme Grau⁶⁸, o Estado apenas elabora o que conhecemos como direito formal, mas quem efetivamente produz o direito é o povo, pois “apenas o direito produzido pelo povo é comprometido com a justiça”.

Por sua vez, Ráo⁶⁹ ensina com precisão:

“Universais podem e devem ser os princípios gerais, éticos e jurídicos; podem e devem, como decorrência imediata destes princípios, os direitos e deveres fundamentais do homem, inerentes à sua personalidade, à sua dignidade, como diretrizes da atividade humana na comunhão social e dos Estados na comunhão universal. Não o são, nem podem ser, as normas positivas, que se caracterizam como regras de alcance particular, variáveis por natureza, porque de fatos variáveis e próprios a cada povo resultam”.

Assim, é da sua correta aplicação que resultará reconhecido o direito perante a coletividade, posto que a norma jurídica será tida como legítima “quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social”. De acordo com Grau⁷⁰, “o critério de legitimidade, pois, são os *padrões de cultura sobre os quais o Direito é elaborado*”, razão pela qual cada povo tem seu próprio direito. O autor considera o direito, quando legítimo, como “instrumento de organização social”, resultado “da adição de autoridade ao poder do qual emane”.

O juiz, efetivamente, atinge de forma plena seu objetivo como julgador quando consegue convencer não apenas as partes, mas também a sociedade quanto ao acerto da decisão tomada. Para tanto, é imprescindível que, da decisão, conste a sua motivação, tanto que a fundamentação é requisito indispensável de qualquer decisão, sob pena de nulidade, na forma prevista na Constituição Federal⁷¹. Face a “repercussão social”, “o processo decisório dos tribunais não tem como fundamento apenas uma consonância com o direito positivo (...), há uma combinação entre exigências formais e um tipo de adesão da sociedade ao conteú-

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 55.

⁶⁹ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. p. 101.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. p. 33, 36, 38, 48 e 51.

⁷¹ Art. 93 – Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: ... IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”

do da sentença”, através da qual se busca legitimar a decisão perante a coletividade⁷².

Sendo a lei também resultante da pressão dos grupos com maior influência, por certo lhes será favorável; portanto, não se pode presumir que lei seja sinônimo de direito e que o julgador deva aplicá-la sem qualquer questionamento quanto às conseqüências de sua decisão. Aqui, novamente, vem a calhar o ensinamento de Coelho, quanto à manutenção do poder pelos grupos dominantes e a impossibilidade de aplicar-se a regra aos casos específicos, com suas particularidades, posto que foram elaboradas genericamente. No mesmo sentido, assevera Azevedo⁷³: “Preso a uma camisa-de-força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica”, pois não se pode confundir legalidade com legitimidade.

Para a adequada aplicação do direito, é essencial *pensar* sobre o objeto da discussão, visando buscar - dentre tantas possíveis - a solução mais adequada ao caso em julgamento. Isso porque, na aplicação do direito, não há o *certo* e o *errado* ou, como antes ressalvado, não existe o verdadeiro ou o falso. Apenas o que se pretende é que a decisão seja a mais apropriada para o caso a ser decidido. A decisão deve ser buscada dentro do ordenamento jurídico, ao contrário do que defendiam os adeptos da escola do direito livre.

Com propriedade, Azevedo⁷⁴ transcreve lição de Luís Recaséns Siches, aludindo à aplicabilidade ou não de uma determinada regra ao caso concreto, referindo que “o problema só encontra solução ponderando, compreendendo e estimando os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinadas situações reais”.

Quanto à neutralidade do juiz, observa Mendonça⁷⁵ que “não pode ser confundida com uma insensibilidade, em face das relações de natureza econômica e social, existentes entre as partes envolvidas em um litígio”. Mostra irrefutável da suscetibilidade do julgador ao sentimento da população foi recentemente dada, quando, ao apreciar a questão do racionamento de energia elétrica, crise denominada popularmente de *apagão*, o julgador que concedeu a liminar contra a União, proibindo cortes no fornecimento e multas, referiu - de forma expressa - estar convicto que sua decisão refletia a reação e o sentimento da Nação*.

Na opinião de Azevedo⁷⁶, “não pode ser bom julgador o insensível ou o psicologicamente embotado, por não poder colocar-se na situação do jurisdicionado, sentindo-a e avaliando-a, revivendo-a, para emitir a decisão”. A neutralida-

⁷² MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. p. 3 e 19.

⁷³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. p. 25.

⁷⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. p. 28.

⁷⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. p. 10.

* Disponível em <http://www.estado.estadao.com.br/editorias/2001/05/26/eco667.html>.

⁷⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. p. 90.

de, entretanto, não significa a quebra do dever de imparcialidade, atinente ao objeto do litígio e às pessoas envolvidas na lide, enquanto que a neutralidade diz respeito aos valores, razão pela qual o autor, em outra obra⁷⁷, refere que a pretensão de neutralidade tende a conduzir à alienação:

“A pretendida neutralidade diante dos valores e das circunstâncias em que a lei é elaborada resulta num lavar-de-mãos diante de sua eventual iniquidade e num dizer-amém à legalidade, seja ela qual for. Por essa forma, prepara-se o jurista a assimilar qualquer quadro histórico de onde advenham as leis”.

Tal ponto, entretanto, não significa que o julgador esteja livre para julgar sem qualquer limite, posto que estará sempre subordinado ao direito (mas não necessariamente à lei – ao contrário do que pretendiam os dogmáticos), bem como que deva se deixar influenciar, de forma leviana, com o fito de simplesmente contentar os jurisdicionados ao prolatar decisão que mais lhes agrade.

Curiosa situação vem apresentada por Puggina⁷⁸, no que diz respeito à expectativa quanto ao comportamento que determinados setores da sociedade esperam de um juiz. “Em uma determinada sexta-feira, final de expediente, o magistrado, junto com um grupo de amigos, resolve tomar um aperitivo. Lado a lado, dois bares, sendo que em um a cerveja custa ‘X’ e, no outro, ‘2X’. Modelo comportamental a ser seguido: o juiz, sem dúvida, deveria freqüentar o bar onde a cerveja custava mais caro, porque o ‘preço seleciona o ambiente’ e será neste ambiente selecionado que ‘o Juiz encontrará os seus iguais’”. Embora pitoresco, de forma inegável o exemplo corresponde à realidade hoje vivida, encaixando-se perfeitamente no nosso cotidiano.

Outro exemplo, ainda mais apropriado: “Dir-se-á que é perigoso o Juiz ter convívio, por exemplo, com o sindicato dos trabalhadores rurais que comandou invasão de latifúndio improdutivo. Alegar-se-á que tal Juiz não terá isenção ao despachar sobre a concessão ou não da liminar na ação possessória. Os que assim se preocupam, por certo, não achariam nada estranhável ou fora do comum que o Juiz, no dia anterior, haja sentado ao lado do latifundiário (autor da possessória), em jantar do Rotary. Nada de estranho: lá este estava entre os seus iguais! Mas o que estaria fazendo este Juiz em reunião do sindicato?”. Tais passagens, de forma incisiva, denotam o *envolvimento social* a que se encontra sujeito o juiz e a forma como os setores dominantes entendem deva o mesmo se comportar.

Apreciando a questão da aplicação do direito sob o aspecto da decidibilidade de conflitos sociais, Ferraz Jr.⁷⁹ apresenta três modelos, a saber, analítico, hermenêutico e empírico, aos quais relaciona a teoria da norma, a teoria da interpretação e a teoria da decisão jurídica. O modelo analítico “encara a decidibilidade como relação hipotética entre conflito e decisões”, apresentando as decisões possíveis de serem tomadas. Para o modelo hermenêutico, a tomada de decisão é

⁷⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. p. 54.

⁷⁸ PUGGINA, Márcio Oliveira. Deontologia, magistratura e alienação. **Revista Ajuris**, n. 59, p. 183 e 187. 1993.

⁷⁹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 91.

apreciada sob o aspecto de sua “relevância significativa”, pois se trata de “uma relação entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista seu sentido”.

O modelo empírico é derivado da observação da realidade, constituindo-se em um sistema explicativo do comportamento do ser humano enquanto controlado por normas. A resposta ao conflito trará satisfação imediata (subordinação, compromisso e tolerância em relação à decisão) como também satisfação mediata (as mais diversas expectativas, de cunho social, político, econômico ou jurídico).

A decisão, na verdade, é tida como um procedimento por demais complexo (capaz de gerar situações ainda mais difíceis do que a que está sendo decidida), dentro de um processo, componente de uma situação de comunicação, posto que relacionada a outrem. Antes do questionamento entre *pagar ou não pagar*, poder-se-ia perquirir *até que ponto é legítima a lei que exige tal pagamento*. Assim, para Ferraz Jr.⁸⁰, por certo a decisão põe fim ao conflito, mas não significa que tenha eliminado o conflito.

Ao prolatar a decisão, o juiz “não está autorizado, pela ordem constitucional, a desprezar a lei válida e decidir o caso concreto, por critérios pessoais, subjetivos, qual estivesse a criar a norma que lhe pareça mais justa ou mais conveniente (...) por invocação de princípios ideológicos ou de convicções pessoais, deixando à margem a lei válida (isto é, conforme a Constituição) aplicável à espécie”⁸¹. De qualquer forma, a solução será tanto mais adequada à situação criada quanto melhor for a formação do magistrado. Formação não apenas jurídica, pois, além do conhecimento técnico, é imprescindível a formação geral, uma vez que o juiz, “no desempenho de sua função, não deixa de ser homem e nem pode abandonar sua formação pessoal”⁸² e, ainda, porque sempre há, por trás de qualquer litígio, o aspecto humano a ser satisfeito quando da decisão.

Se não mais é aceitável a aplicação da lei na forma defendida pelos dogmáticos, sem qualquer apreciação dos fatos, também não se cogita da liberação do julgador para que decida a seu bel prazer. A incipiente, mas promissora, conscientização dos direitos assegurados à população pela nova ordem constitucional (aí incluída a condizente prestação jurisdicional), bem como a cada vez maior participação da sociedade em todas as questões que lhe dizem respeito, inclusive na condição de intérprete da Constituição e as transformações por que passa o mundo nesta virada de milênio, são fatores que podem vir a determinar o surgimento de um novo modelo hermenêutico.

Por este novo modelo haverá de ser possível aplicar a legislação de forma compatível com a realidade, não mais se satisfazendo o julgador simplesmente em aliviar as tensões sociais, mas buscando – de forma efetiva, concreta – convencer ambas as partes e a toda sociedade de que se fez justiça mediante a aplicação da norma.

⁸⁰ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 305 e ss.

⁸¹ SILVEIRA, José Néri da. A função do juiz.. **Revista Ajuris**, n. 54, p. 44. 1992.

⁸² AZEVEDO, Paulo Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. p. 15.

CONCLUSÃO

Ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis de se apresentarem para apreciação do julgador. Essa insuficiência tanto pode se dar em razão de que a regra foi elaborada em uma época em que nem ao menos se cogitava da possibilidade de litígio tal qual o trazido para julgamento, seja em razão da multiplicidade de casos que se apresentam na vida real. Assim, é necessário um raciocínio jurídico que antecede a aplicação da lei em busca da correta solução do litígio.

Ao longo da história, desenvolveram-se inúmeras teorias quanto à forma mais apropriada para a elaboração desse raciocínio, em busca da correta aplicação do Direito, levando em conta a maior ou menor submissão do julgador ao ordenamento jurídico. Para algumas escolas prepondera a livre vontade do julgador, ao passo que, em outras, viceja a idéia de completa submissão ao disposto no texto legal. Entre os extremos, como sempre, variadas correntes também se desenvolveram.

Em todas as escolas surgidas há a preocupação com a realização do bem comum. Na prática, porém, a questão é de difícil solução. Não basta simplesmente aplicar a lei para que se realize a justiça; faz-se necessário ponderar quanto aos detalhes do caso em apreciação. Também não é suficiente pensar que o julgador é livre para julgar conforme sua vontade ou tão-somente de acordo com os fatos que deram origem à lide, sem qualquer embasamento no ordenamento jurídico.

Somente através de um processo exegético equilibrado será possível obter a decisão judicial mais adequada ao caso concreto, levando-se em conta a realidade do mundo em que estão inseridos os litigantes.

Por certo, há questões singelas que se resolvem mediante a simples leitura da lei. Mesmo neste caso, é necessário verificar se o texto está em harmonia com o disposto na Constituição. Há outras situações que exigem que se pense sobre o direito a ser aplicado no caso concreto. Quando a regra posta é incompatível com os fatos, ou a legislação é lacunosa, o intérprete deve buscar a solução mais adequada, criando a norma para o caso concreto, sempre com os olhos voltados para a concretização dos direitos assegurados pelo ordenamento vigente. A individualização cabe ao julgador, ao apreciar cada evento em consonância com suas características peculiares, adequando o texto legal ao caso concreto.

Vivemos em uma época de indeterminação quanto ao método que efetivamente assegura o justo resultado, mas, com certeza, essa busca tem como ponto de partida o texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- . **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- . **Método e hermenêutica material no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- . Do método jurídico: reflexões sobre o normativismo Kelseniano e a criação judicial do direito. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, n. 71, p. 294-301, nov. 1997.
- BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.
- BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil.
- BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: RT, 1980.
- COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- . **Teoria crítica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, n. 76, p. 397-408, dez. 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- . **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1988.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PUGGINA, Márcio Oliveira. Deontologia, magistratura e alienação. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, n. 59, p. 169-198, nov. 1993.
- RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. anot. e atual. São Paulo: RT, 1999.

SCAFF, Fernando Facury. Sigilo fiscal e reserva de jurisdição. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 71, p. 60-71, ago. 2001.

SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica** – arte e técnica da interpretação. Petrópolis: Vozes, 1999.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVEIRA, José Néri da. A função do juiz. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, n. 54, p. 40-52, mar. 1992.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

———. A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. **Anuário do programa de pós-graduação em Direito – mestrado e doutorado - 2000**. São Leopoldo, p. 105-139. 2000.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994.